الميراث في القانون الدولي الخاص الجزائري

أ/ بن عومر محمد الصالح
جامعة التكوين المتواصل- أدرار

المقـدمـة:

نظر الإسلام إلى المال باعتباره عمود الاقتصاد، فوضع الأسس والضوابط حتى يكفل بناء اقتصاد متماسك وقوي، ويحقق التكافل الاجتماعي والعدالة في توزيع الثروة الناتجة من تحقيق المساواة أمام فرص الكسب، ثم إعادة التوزيع عند تكدس المال، والحاجة إليه، والنظام الاقتصادي الإسلامي في هذا كله راعى طبيعة الإنسان في حب التملك.

ويعد التوريث من النظم الطبيعية التي تستند إلى تلك النزعة الكامنة في الإنسان والتي تدفعه إلى الكفاح والكد والعمل وتحصيل الثروة من أجل تحقيق رغبة قوية في نفسه، وهي أن يخلفه في هذا المال أحب الناس إليه ومن تربطه بهم صلة قوية.

ولقد تباين نظام انتقال الملكية من السلف إلى الخلف قبل مجيء الإسلام من مجتمع إلى آخر، بل ومن مكان إلى آخر داخل المجتمع نفسه، وذلك دون ضوابط أو قواعد محددة.

فالميراث عند اليونان، كان بانتقال المال إلى الدولة ثم تطور الأمر ليكون الميراث لأكبر الأبناء في الأسرة، أما في التشريع الروماني فقد كان أساس الميراث عندهم خادما للنظام الاجتماعي و الاقتصادي الذي وضعوه لأنفسهم، ومن هذه النظم سلطة رب الأسرة والعشيرة، ولهذا فإن قانون الألواح الأثنى عشر لديهم كان يقوم على مبدأين أساسين هما:

أولاً: العمل على حصر وجمع الثروة في العائلات ومنعها من التفتت ولذلك كانت الثروة من حق أولاد الظهر دون أولاد البطون، وهذا يعني حرمان الأم من التوارث بينها وبين أولادها حتى لا تنتقل الثروة إلى عائلات أخرى، وإذا ورثت الأم من أبيها يؤول ميراثها بعد موتها لإخوانها وأخواتها ولا ينتقل إلى أولادها لأنهم من عائلة أخرى.

ثانياً: حرمان كل من زالت عنهم سلطة آبائهم بسبب التبني، وذلك من أجل الحفاظ على سلطة أرباب الأسر وكيان العائلات [1]

أما العرب في الجاهلية، كانوا لا يورثون ألا الأقوياء من الرجال، ويحرمون الضعفاء من النساء والأطفال بسبب أن الرجال يدافعون عن الأهل والعشيرة. وكان سبب التوارث في الجاهلية يعود إلى أمرين إما النسب سواء كان من زواج أومن زنى، وإما التبني، حتى لمن كان معروف النسب . [2]

هذا، وقد جاء الإسلام ليجد العرب في جاهليتهم يتوارثون حسب البغي والنظام والعصبية تسيطر على كل تصرفاتهم ، فوضع لهم تشريعاً مفصلاً ومحدداً. تناول أشخاص الوارثين وأنصبتهم ووضع الأسس الدقيقة التي يقوم عليها هذا النظام العام والشامل.

وما يستوجب معالجة موضوع تنازع القوانين في مجال المواريث في القانون الدولي الخاص الأهمية العملية التي يتصف بها على المستوى الدولي الخاص وأن الميراث من إحدى المواد المثيرة للجدل تقليدياً، لأنه يقع على حدود فاصلة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية. فهو باعتباره يؤمن انتقال الذمة المالية للشخص بسبب الوفاة، فإنه يتبع الأحوال الشخصية. وبما أن هذا الانتقال ينصب على الأموال فإنه يتبع كذلك الأحوال العينة.

هذا، وإذا عرضت قضية تتعلق بالميراث على القاضي الجزائري، وكان أطراف الخصومة ذوو جنسية جزائرية وكان المال الموروث، المتنازع حوله بالجزائر، فإن الإشكال هنا لا يثور على مستوى القانون الدولي الخاص، أما إذا كان أحد الأطراف مختلفي الجنسية، أو كان المال بعدة دول فإن المشكل يثور هنا على مستوى القانون الدولي الخاص

الأمر الذي يدفعنا إلى طرح إشكالية عامة فحواها، ما هي الحلول الوضعية المقررة لمسألة تنازع القوانين في مجال المواريث في القانون الدولي الخاص؟

(1) محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن ،2000 ،ص 217- 220.

(2) كمال حمدي، المواريث والهبة الوصية، الناشر منشاة المعارف، الإسكندرية،1998، ص12.

ثم بعد ذلك نقوم بطرح الإشكاليات الجزئية التالية؛ من هو القاضي المختص بالفصل في النزاع المتعلق بالميراث في إطار القانون الدولي الخاص ؟ وهل يجوز التحكيم في الميراث ؟ وما هو المكان الذي تفتتح فيه التركة؟ ثم ما هو القانون الواجب التطبيق على الميراث؟ وهل فرق المشرع الجزائري بين الميراث في المنقول والميراث في العقار ؟ ومن جهة أخرى، يثور التساؤل حول ما هي المسائل التي تندرج في فكرة الميراث والمسائل التي تخرج عنها ؟ وما حكم التركة الشاغرة ؟ وإلى أي مدى استبعد المشرع الجزائري القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام؟

ولمعالجة ودراسة هذا الموضوع انتهجنا المنهج التحليلي المقارن، باعتباره الأسلوب الملائم لدراسة الموضوع محل البحث.

وبناء على ذلك، قمنا بتقسيم الدراسة إلى فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي نتناول فيه ماهية الميراث، ثم نتناول في الفصل الأول القانون الواجب التطبيق على الميراث، أما الفصل الثاني فيتضمن الاستثناءات الواردة على القانون الواجب التطبيق على الميراث.

الفصل الأول: ينطوي تحته مبحثين، أولهما يتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث أما ثانيها فيتضمن نطاق تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث. في حين ينطوي الفصل الثاني على ثلاثة مباحث أولهما يتضمن نطاق تطبيق قانون موقع المال، أما ثانيها فيتضمن التركة الشاغرة، في حين ثالثها يتضمن النظام العام. ثم نختم بحثنا بخاتمة.

المبحث التمهيدي: ماهية الميراث:

وقبل أن نتناول الحلول الوضعية لتنازع القوانين في مجال المواريث، نقوم بالتعريض أولا لدراسة ماهية الميراث، من حيث تحديد مفهوم الميراث في مطلب أول، ثم نبين معيار الاختصاص القضائي الدولي في مسألة الميراث في القانون الجزائري وبعض الأنظمة المقارنة، وهذا في مطلب ثاني.

المطلب الأول: مفهوم الميراث

الميراث في اللغة مصدر لفعل ورث يرث إرثا وميراثا يقال ورث فلان أباه، ويرث الشيء من أبيه. وفي هذا جاء قوله تعالى " وورث سليمان داوود " [1]، وقوله تعالى: " وكنا نحن الوارثين"[2] وقوله أيضاً: " وأنا نحن نحيي ونميت ونحن الوارثون" [3]

هذا، ونقوم بتعريف الميراث في فرع أول، ثم نعمد إلى تكييف الميراث بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية في فرع ثاني.

الفرع الأول: تعريف الميراث:

نقوم بتحديد تعريف الميراث في المنظور القانوني، وهذا في بند أول، ثم بعد ذلك نحدد تعريف الميراث في المنظور الشرعي، وهذا في بند ثاني.

البند الأول: التعريف القانوني للميراث

تناول المشرع الجزائري الميراث في الكتاب الثالث. ضمن عشرة فصول، من قانون الأسرة.وجاء في المادة 772 من القانون المدني ما نصه: " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة" . وبقراءة هذا النص نجد أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفاً تاركاً ذلك للفقه والقضاء.

ويعرفه الأستاذ أعراب بلقاسم على أنه: " خلافة الشخص بحكم القانون فيما ترك بسبب موته" [4]. وتعرفه المحكمة العليا: " الميراث ما يخلفه المورث من أموال، أو حقوق مالية جمعها وتملكها أثناء حياته" [5] . وجاء في القانون المغربي للأحوال الشخصية تعريف الميراث حيث

---

(1) سورة النمل الآية 16.

(2) سورة القصص الآية 58.

(3) سورة الحجر الآية 23.

(4) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين. دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001 ص 268.

(5) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999ص 10.

نصت المادة 219 منه: " الإرث هو انتقال حق بموت مالكه بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معاوضة" [1] ويلاحظ من خلال هذا التعريف الأخير أنه أدق من التعريف الذي قدمته المحكمة العليا حيث يكون الميراث بعد تصفية التركة من تجهيز وديون ووصية، وينتقل إلى الوارث الشرعي بموت المورث المالك.

البند الثاني: التعريف الشرعي للميراث

يطلق الميراث على المال الموروث، والميراث شرعاً هو انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة. [2] ويعرف أيضاً بأنه " اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب الإرث سواء كان المتروك مالا منقولا أو عقاراً، أو حقاً من الحقوق الشرعية".[3] ويعرفه بعض الفقه أيضاً بأنه: "عبارة عن قواعد من الفقه والحساب يعرف بها توزيع التركة والحقوق المتعلقة بها، وأسباب الإرث وشروطه وموانعه، ومن يستحق الميراث ومن لا يستحقه، ونصيب كل وارث من التركة" [4]

الفرع الثاني: تكييف الميراث بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية

الميراث من بين المواضيع المثيرة للجدل، على اعتباره إنه يقع بين الحدود الفاصلة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية. فالميراث باعتباره يؤمن انتقال مجموع الذمة المالية للشخص بسبب الموت، فإنه يندرج ضمن الأحوال الشخصية، وبما أن، من جهة أخرى، هذا الانتقال ينصب على الأموال فإنه يندرج تبعاً لهذا السبب ضمن الأحوال العينية. ونتناول في البند الأول الميراث باعتباره من الأحوال الشخصية، ثم نتناول في البند الثاني الميراث باعتباره من الأحوال العينية. ثم نبين موقف المشرع الجزائري في بند ثالث.

---

(1) المرجع نفسه ، ص11.

(2) أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص 10.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 11.

(4) محمود حمودة، محمد عساف، المرجع السابق، ص 223.

البند الأول: الميراث من الأحوال الشخصية

تذهب بعض الدول إلى اعتبار الميراث مادة من مواد الأحوال الشخصية، استنادا إلى أنه يرتبط بحياة ووفاة الشخص، وباعتبار أنه جزء من روابط القرابة، وكونه متصل بنظام الأسرة ويهدف للمحافظة على أموال العائلة، ولذلك يجب أن يخضع لذات نظام الشخص بالذات، أي القانون الشخصي وهو إما قانون الموطن في بعض الدول، أو قانون الجنسية في بعض الدول الأخرى. (1)

وقد سار في هذا الاتجاه، التشريعات العربية كالمصري والليبي، والتشريع الألماني واليوناني والبولوني والإيطالي والأسباني والبرتغالي (2). ولقد اعتبرت اتفاقية لاهاي 1928 جميع المواريث من مواد الأحوال الشخصية على اعتبار أنها مرتبطة بالعائلة. (3)

البند الثاني: الميراث من الأحوال العينية

بالمقابل توجد دول أخرى تعمد إلى إدراج الميراث ضمن الأحوال العينية، بحجة إن الميراث أسلوب من أساليب انتقال الأموال. ولأنه ، حسب رأي هذا الاتجاه، لا يوجد فرق بين الميراث وبين أساليب انتقال المال الأخرى سوى في سبب هذا الانتقال، بينما يبقى موضوع الانتقال ذاته، هو الأموال ولذلك فإن القانون الواجب التطبيق يجب أن يكون ذات القانون المعتمد بالنسبة إلى نظام الأموال أي القانون العيني. ولقد أخذ بهذا الرأي دول فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية. (4)

---

(1) محند أسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 315.

(2)Pier mayer. Droit international privé : 5édition. Monchretier. 1994. P 167

(3) محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي. منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994، ص 150.

(4) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 184.

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري

نحى المشرع الجزائري منحى التشريعات العربية. حيث أدرج الميراث ضمن الأحوال الشخصية على اعتباره يعد متصلا بنظام الأسرة، إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفى إلى ورثته من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي يبين أحكامه حيث تنص المادة 74ق. م: " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة."

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الميراث

عندما يعرض النزاع المشتمل على عنصر أجنبي على القاضي الوطني فإنه قبل أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق عليه أن ينظر أولا هل هو مختص قانونا بالنظر والفصل في هذا النزاع أم لا. فإن وجد بأنه مختص بحث حينئذ عن القانون الواجب التطبيق عليه، وهذا ما يجعل مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي سابقة على مشكلة تنازع القوانين.

الفرع الأول: الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الميراث في التشريع الجزائري

أمام عدم وجود أي نص تشريعي يتضمن القواعد العادية للاختصاص القضائي الدولي في التشريع الجزائري. فإنه لا مناص من الرجوع إلى قواعد الاختصاص القضائي الداخلي ومدها إلى المجال الدولي، وهذا ما اجمع عليه الفقه والقضاء في فرنسا في مناسبات.

وعليه، فإنه طبقاً لهذا الحل فإن المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري [1] هما اللتان يتم نقلهما إلى المجال الدولي وعقد الاختصاص وفقهما للمحاكم الجزائرية في المنازعات ذات الطابع الدولي.

إذن، وطبقاً لهذا الحل فإن البند الثاني من المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أن: فوفقاً لهذا النص فإن المحكمة المختصة في المجال الداخلي فيما يتعلق بمادة الميراث هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان موطن المتوفى وتبقى هذه المحكمة مختصة حتى لو تعلقت التركة بتقسيم عقارات تقع خارج دائرة اختصاصها. لكن الأمر على خلاف ذلك في

(1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08/ 09 المؤرخ في 25/ 02/ 2008.

المجال الدولي، فلا يمكن الأخذ بهذا التركيز لكل العمليات المتعلقة بتقسيم التركة فيما إذا كانت بعض العقارات الداخلة في التقسيم موجودة في الخارج، فالقضاء الجزائري يكون مختصاً فقط بالعقارات التي توجد على الإقليم الجزائري، وتكون داخلة في تركة الهالك دون تلك الموجودة في الخارج وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن القضاء الفرنسي غير مختص بالنظر في تقسيم تركة متعلقة بعقارات موجودة في الخارج. وحول هذا الصدد يرى الاستاذ أعراب بلقاسم أن نقل قواعد الاختصاص المحلي الداخلي إلى المجال الدولي يتطلب إدخال تعديلات عليها لتكون متلائمة معه [1].

والواقع أن المادة 240ق ا م تمنح الاختصاص لمحكمة موطن المتوفى، ويعود للقاضي الناظر بالدعوى أمر تحديد هذا المكان. حيث من الضروري اعتماد الحل المقبول في كل مكان تقريباً، والذي يحدد مكان الافتتاح في مكان موطن المورث. [2]

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ذهب إلى عدم جوازية إجراء التحكيم في مادة الميراث حيث تنص المادة 1006/ 2: ((لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم)). وعليه فلا يجوز للأشخاص اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعاتهم المتعلقة بالميراث.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي الدولي في سائل الميراث في بعض الأنظمة المقارنة

بعد ما تعرضنا في الفرع الأول إلى الاختصاص القضائي في مسائل الميراث في التشريع الجزائري نعالج في هذا الفرع الثاني الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الميراث في كل من مصر وليبيا.

---

(1) أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، تنازع الاختصاص القضائي الدولي والجنسية. دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 23، 24، 25.

(2) محمد اسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، المرجع السابق، ص 319.

(قرر مجلس قضاء وهران في قراره الصدر في 19 ماي 1976 رقم 296/ 75 بأن محل افتتاح التركة هو أخر محل و إقامة للهالك. ورد هذا القرار في مؤلف الاستاذ بلحاج العربي الجزء الثاني الميراث والوصية في هامش الصفحة54.)

البند الأول: الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الميراث في مصر

تقضي المادة 31 مرافعات مصري بأنه: ((تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوي المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت في الجمهورية أو كان المورث مصرياً أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية)). ويتجلى من فحوى نص هذه المادة أنه توجد ثلاث حالات تختص فيها محاكم الجمهورية المصرية بمسائل الميراث، حيث بنى المشرع أحداها على أخر موطن للمتوفى، وبنى ثانيها على جنسية المتوفى وبنى ثالثها على موقع أموال التركة.

الضابط الأول: محل افتتاح التركة

محل افتتاح التركة هو المكان الذي يوجد به أخر موطن للمتوفى، وعليه تعتبر التركة مفتتحة في مصر إذا كان أخر موطن للمتوفى في مصر، ويعد هذا الضابط شخصي إقليمي، على اعتبار أن أموال التركة ينظر إليها باعتبارها مجموعة أموال تتركز في موقع حكمي هو أخر موطن للمتوفى. [1]

الضابط الثاني: جنسية المورث:

تقضي المادة 31 مرافعات مصري على اختصاص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوي المتعلقة بالتركة متى ((كان المورث مصرياً))، والضابط هنا غير إقليمي. هذا واختصاص المحاكم المصرية في الحالتين السابقتين لا يستلزم في شأنه أي شرط آخر غير ما ذكر فيكفي أن يكون آخر موطن للمتوفى في الجمهورية، أو أن يكون المتوفى متمتعاً بالجنسية المصرية عند وفاته.

(1) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين. الطبعة السابعة دار النهضة العربية، مصر 1970، ص 700.

الضابط الثالث: كون أموال التركة كلها أو بعضها في مصر:

وهذا الضابط إقليمي، حيث يقوم الاختصاص في هذا الغرض على أساس أن مصر هي دولة موقع الأموال ومن ثم تختص محاكمها بالدعاوى المتعلقة بها. (1)

البند الثاني: الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الميراث في ليبيا:

تنص المادة 3/ 2 مرافعات ليبي على أنه: " يختص القضاء الليبي بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي.... إذا كانت الدعوى متعلقة بإرث لمواطن ليبي، أو تركة افتتحت في ليبيا..."

يتجلى من هذا النص إن المشرع الليبي قد اعتمد ثلاثة ضوابط لاختصاص المحاكم الليبية في الدعاوى ذات الصلة بمسائل الإرث والتركة.

الضابط الأول: افتتاح التركة في ليبيا:

ومحل افتتاح التركة، هو المكان الذي يوجد به أخر موطن للمتوفى، وعلى ذلك فإن التركة تعتبر مفتتحة في ليبيا، إذا كان أخر موطن للمتوفى بليبيا، الأمر الذي يترتب عليه اعتبار الموطن هو ضابط الاختصاص في هذه الحالة.

الضابط الثاني: جنسية المورث:

وضابط الاختصاص في هذه الحالة هو تمتع المورث عند موته بالجنسية الليبية.

الضابط الثالث: كون أموال التركة كلها أو بعضها في ليبيا.

إذن، ضابط الاختصاص في هذه الحالة هو موقع المال، وهو ضابط إقليمي.(2)

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على الميراث

عندما تحل مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي المتعلقة بمسألة الميراث، ويتم تحديد الجهة القانونية المختصة، فهنا القاضي المختص وقبل النظر والفصل في النزاع المعروض عليه يجب أن يهتدي إلى القانون المختص، أو القانون الواجب التطبيق على النزاع. ففي هذا

(1) هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، 7ص 136، 137.

(2) محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص 226.

المقام تختلف تشريعات الدول بشأن القانون الواجب التطبيق على الميراث، فبعض الدول تطبق على الميراث قانون واحد، وبعض الدول الأخرى تطبق على الميراث قانونين.

هذا، وعند تحديد القاضي المختص للقانون الواجب التطبيق على الميراث، فإن هذا القانون هو الذي يبين المسائل التي تدخل في فكرة الميراث كبيان شروط استحقاق الإرث، وترتيب الورثة وبيان موانع الإرث.

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث:

يذهب فريق من الدول إلى تطبيق قانونين على الميراث، حيث تفرق هذه الدول بين الميراث في المنقول والميراث في العقار، في حين يذهب الفريق الآخر من الدول إلى تطبيق قانون واحد على الميراث من غير تفرقة بين المنقول والعقار.

المطلب الأول: الدول التي تطبق على الميراث قانونين :

تفرق تشريعات بعض الدول بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، فتخضع الميراث في العقار لقانون غير القانون الذي تخضع له الميراث في المنقول.حيث يطبق على العقار قانون موقع العقار، فلو توفى شخص فرنسي في فرنسا، وكانت له أموال عقارية ببريطانيا، فإن ميراث العقار يخضع لقاعدة قانون موقع العقار، وبالتالي يطبق عليه القانون البريطاني باعتباره قانون الموقع. [1] أما ميراث المنقول، في ظل هذه التشريعات، فقد أختلف في شأنه بين هذه الدول. فبعض الدول تطبق على المنقول قانون جنسية المتوفى، كقوانين النمسا ورومانيا. [2] فشخص نمساوي الجنسية انتقل إلى فرنسا وعاش بها، ولسبب من الأسباب فقدت منه الجنسية النمساوية حصل بعدها على الجنسية الفرنسية. وتوفي هذا الشخص بهولندا مخلفاً ورائه عقارات ومنقولات بهولندا وعقارات بفرنسا. فعند عرض النزاع على القاضي المختص فإنه سيطبق على ميراث المنقولات قانون جنسية المتوفى أي سيطبق على المنقول الموروث الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفى، أما ميراث العقار فإن القاضي المختص سيطبق على

(1) أعراب بالقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 268.

(2) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 184.

العقار قانون موقع العقار، فالعقارات المتواجدة بهولندا يطبق عليها القانون الهولندي باعتباره قانون الموقع، والعقارات المتواجدة بفرنسا يطبق عليها القاضي المختص القانون الفرنسي باعتباره قانون موقع العقار.

وتذهب تشريعات بعض الدول، كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وبلجيكا وفرنسا إلى إخضاع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى [1] فشخص فرنسي الجنسية عاش ببريطانيا وتوفى بها تاركاً ورائه أموال منقولة وعقارية ببريطانيا فالقضاء المختص هنا يطبق على العقار القانوني البريطاني باعتباره قانون موقع العقار أما ميراث المنقول فيطبق عليه القانون البريطاني أيضاً، باعتباره أخر موطن للمتوفى ويرجع سبب هذه التفرقة، بين الميراث في المنقول والميراث في العقار، إلى الفكرة القديمة التي سادت أيام العصر الإقطاعي، وهي أن العقار ذو قيمة، فهو الذي يمثل الثروة وحده، أما الأموال المنقولة فهي ضئيلة القيمة، وبذلك فإنها تتبع الشخص حيث وجد [2]

وقد انتقد بعض الفقه هذه التفرقة لكونها تؤدي من الناحية العملية إلى ترتيب أوضاع شاذة حيث يتم تقسيم التركة الواحدة بين عدة قوانين فنجد المنزل مثلا خاضعاً لقانون بينما أثاثه خاضع لقانون آخر، كما حدث في إيصاء حفيدة " جورج ساند " بمنزل في " نوهان " بفرنسا للأكاديمية الفرنسية، حيث أوصت بالمنزل وبأثاثه لهذه الأكاديمية، لكنها توفيت في إيطاليا فخضع الأثاث لقانون آخر موطن لها وهو القانون الإيطالي، في حين يخضع المنزل – العقار – للقانون الفرنسي. [3]

---

(1)Gean Derrupe. Droit international prive. Dalloz. 13 édition. Pari. 1999. P 133.

(2) سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص 579.

(3) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 79.

الديون لا تورث، لأن التركة هي المسؤولة عن الدين، فإن تجاوز الدين مجموعة التركة فإن الورثة غير مسؤولين . أما في القانون الفرنسي، فإن الدين ينتقل إلى ذمة الوارث، ولدائي التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية إلا إذا رفض الوارث الميراث.

المطلب الثاني: الدول التي تطبق على الميراث قانون واحد:

يذهب فريق أخر من الدول إلى الأخذ بوحدة القانون الذي يحكم الميراث فيخضع الميراث بمجمله- منقول وعقار – لقانون واحد. غير أن هذه الدول التي تنبت هذا الموقف لم تتفق على قانون معين.

فبعض الدول تطبق على الميراث قانون موقع المال [1]. كدول أمريكا اللاتينية (بنما مثلا) فلو شخص برازيلي الجنسية له عقارات ببوليفيا ومنقولات بالبرقواي ، توفى هذا الشخص ببنَمَا فعرض النزاع على القاضي المختص بالنظر والفصل في النزع فإنه يطبق على العقار القانون البوليفي باعتباره قانون الموقع، ويطبق على ميراث المنقول قانون البرقواي، وذلك باعتباره قانون البرقواي هو قانون الموقع وهذا كله استناداً إلى قواعد القانون الدولي الخاص البنمي.

هذا ، وتذهب بعض الدول الأخرى، إلى القول بتطبيق قانون موطن المتوفى على الميراث مهما كان موقع أموال الميراث، ومن بين هذه الدول نجد النرويج والدانمارك والأرجنتين والإتحاد السوفيتي – سابقاً – إلا أن الفقرة الأخيرة من المادة 127 من مبادئ التشريع المدني للإتحاد السوفيتي تستثني " المنشآت العقارية الواقعة في الإتحاد السوفيتي، إذ يخضع الميراث فيها للقانون السوفيتي [2] فشخص نرويجي الجنسية عاش بفرنسا وتملك فيها أموال، ثم انتقل إلى أسبانيا فتملك فيها أيضاً أموال، وتوفي بها فعندما يعرض النزاع على القاضي المختص، فإنه سيطبق على ميراث المنقولات والعقارات معاً قانون موطن المتوفى ألا وهو القانون الإسباني باعتباره موطن المتوفى، وهذا بغض النظر عن موقع المال.

في حين ذهبت تشريعات بعض الدول الأخرى، إلى إخضاع الميراث برمته إلى قانون جنسية المتوفى بغض النظر عن موقع المال أو موطن المتوفى، كدول أسبانيا وألمانيا وإيطاليا واليونان وبولندا [3] فلو شخص أسباني الجنسية توفى في فرنسا وكانت لديه بهذه الأخيرة أموال

(1) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين. المرجع السابق، ص 269.

(2) محند أسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين. المرجع السابق، ص 316.

(3) محند أسعد، المرجع السابق، ص 316.

منقولة وعقارية، وعرض النزاع على القاضي المختص فإنه سيطبق على الميراث قانون جنسية المتوفى إلا وهو القانون الأسباني وهذا طبقاً لقواعد القانون الدولي الخاص الأسباني بغض النظر عن موقع الأموال أو موطن المتوفى.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري:

سار المشرع الجزائري على نهج الاتجاه القائل بتطبيق قانون واحد على الميراث وهو الاتجاه الذي سلكته الدولة العربية. فالمشرع الجزائري أخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى حيث تنص لمادة 1/16 من القانون المدني الجزائري على أن ((يسري على الميراث والوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته)). فلو توفى شخص مغربي الجنسية بالجزائر تاركا أموال بالمغرب، وعرض النزع على القاضي الجزائري باعتباره مختصاً فإنه سيطبق على النزاع القانوني المغربي باعتباره القانون المختص وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص الجزائري.

ويتميز الحل الذي اعتنقه المشرع الجزائري بالمنطق، إذ تعتبر الذمة المالية كل لا يتجزأ فتخضع لقانون واحد، دون أن يتوقف القانون الواجب التطبيق على مكان تواجد المال أوعلى طبيعته المنقولة أو العقارية. [1]

وبعد ما يحدد القاضي المختص بالنظر والفصل في النزاع المعروض عليه القانون الواجب التطبيق، فإن هذا الأخير هو الذي يبين ما هي المسائل التي تدخل تحت نطاقه، وهذا ما ستعرض له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث

يدخل في نطاق القانون الذي يخضع له الميراث، بيان شروط استحقاق الإرث وموانع الإرث وكون الورثة بحكم القانون أو بحكم الموافقة.

(1) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول القوانين. المرجع السابق، ص 270.

المطلب الأول: بيان شروط استحقاق الإرث

القانون الذي يخضع له الميراث يحدد أسباب الإرث، حيث حصر المشرع الجزائري في المادة 126 ق. أ ، أسباب الإرث في سببين هما الزوجية والقرابة. ويشترط في الزوجية أن يكون الزواج صحيحا ولو من غير دخول (130 ق. أ). أما إذا ثبت بطلان الزواج فلا توارث بين الزوجين (131 ق. أ). ويشترط أيضاً أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة المورث، ولو حكما ، فالمعتدة من طلاق رجعي ترث مطلقاً ويرثها لأن رابطة الزوجين تبقى قائمة مادامت العدة لم تنقض (32 ق. أ).

هذا ، ويراد بالقرابة رابطة النسب، وهي كل صلة سببها الولادة [1] ، وطبقاً لما جاء في المواد 139 إلى 142 تشمل القرابة النسبية جميع أنواع القرابة كالآتي:

1) الأصول، كالأب والجد وأن علا.

2) الفروع، كالابن وابن الابن وإن نزل.

3) الحواشي، كإخوة المتوفى، وأبنائهم، والأعمام وأبنائهم سواء كانوا أشقاء أو لأب.

كما يحدد القانون الذي يخضع له الميراث شروط الميراث، إذ لا يكفي لثبوت الإرث مجرد وجود سببه، بل لا بد من توفر شروط استحقاق الإرث من موت المورث من جهة، ومن جهة أخرى تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه. وتقضي المادة 127 ق.ا ما نصه ((يستحق الإرث بموت المورث حقيقة، أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي)) والموت الحقيقي يثبت بتاريخ ومكان معينين، بناء على ما هو مسجل في سجلات الحالة المدنية، في حين أن الموت الحكمي يتمثل في المفقود الذي انقطعت أخباره ولا يعرف مكانه ولا حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم (109 ق. أ). والمفقود لا يورث ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقى عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها (115 ق. أ). والشرط الثاني من شروط الإرث هو حياة الوارث حقيقة، أو تقديراً وقت موت المورث أو الحكم باعتباره ميتاً. فالحياة الحقيقية هي الثابتة له بمشاهدته حياً، أو بالبينة المقبولة شرعاً، أما الحياة التقديرية كالحمل في بطن أمه وقت وفاة المورث [2]. وفي هذا

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 52.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 55.

تنص المادة 128 ق. أ على أنه:((يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث)). فإذا لم تثبت حياة الوارث وقت موت مورثه حقيقته أو حكما فلا توارث بينهما.

كما يبين القانون الذي يخضع له الميراث من هم الورثة ويحدد مراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم.

المطلب الثاني: موانع الإرث:

يبين القانون الذي يخضع له الميراث موانع الإرث، وهذه الأخيرة يقصد بها ((تلك الأوصاف التي تلحق بمن هو أصلا أهل للإرث من غيره فتمنعه من الإرث ، ولو كانت أركان الإرث وشروطه متحققة)) [1]. وقد حصر المشرع الجزائري موانع الإرث في ثلاث حالات.

الحالة الأولى: قتل المورث عمداً:

اتفق جمهور الفقهاء على أن القتل من موانع الإرث، لقوله عليه السلام "لا يرث القاتل «وتنص المادة 135 ق. أ على أنه ((يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1- قاتل المورث عمداً وعدواناً سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكاً ....))

الحالة الثانية: اللعان:

إذا قام الزوج بنفي ولده من زوجته ولا بينة لديه، فلا بد من اللعان لنفي الولد، فإذا تم اللعان بينهما طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فرق القاضي بينهما، ونفي نسب ولدها عنه فهنا الولد يرث من أمه فقط، واللعان بين الزوجين مانع من موانع الميراث لانتفاء الزوجية، وفي هذا تنص المادة 138 ق. أ على أنه ((يمنع من الإرث اللعان والردة.))

الحالة الثالثة الردة:

الردة هي خروج المسلم عن دينه، وإعلانه الكفر به وبشريعته، وبهذا تنص المادة 138 ق. أ ((يمنع من الإرث اللعان والردة)).

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 57.

ونشير إلى أن المشرع الجزائري أغفل ذكر اختلاف الدين والزنا كمانعين من موانع الإرث، وطبقاً للمادة 222 ق. أ التي تقرر الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص، والشريعة الإسلامية تمنع الإرث في حالة اختلاف الدين لقوله ﷺ: ((لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم))، وقوله أيضاً: ((لا يتوارث أهل ملتين)). كما تمنع الشريعة الغراء توريث ابن الزنا إلا من أمه.

المطلب الثالث: أصول انتقال الإرث:

يختص القانون الذي يخضع له الميراث بتبيين ما إذا كانت الخلافة بسبب الموت بحكم القانون حكمية أم اختيارية، وبعبارة أخرى ما إذا كان الوارث حرا في القبول أو التنازل عن الميراث من عدمه، وفي حالة ما يكون حر في ذلك فإن القانون المختص يحدد الميعاد الذي يتعين عليه فيه إبداء القبول أو التنازل، كما يحدد شروط القبول وآثاره، وكذلك بيان ما إذا كان للوارث قبول التركة بشرط الجرد من عدمه [1].

هذا، وإن الميراث في الشريعة يتضمن التوارث الإجباري، بدون حاجة إلى موافقة الورثة لأنه بمجرد الوفاة تنتقل الملكية إلى الورثة بحكم الشارع، لان القرآن الكريم أعطى كل وارث حصته وبدون موافقته [2].

وقد ساير المشرع الجزائري حكم الشريعة الإسلامية، حيث يتم نقل الإرث بقوة القانون لمستحقيه بمجرد موت المورث [3]. وذهب المشرع الفرنسي إلى القول بجوزاية الميراث، فالوارث له أن يتنازل أو يقبل الميراث بكل حرية واختيار وفق الشروط التي يحددها القانون الفرنسي [4].

(1) سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 586.

(2) ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية. الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة، للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 107.

(3) عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية. منشورات تالة، الجزائر، 2000، ص 184.

(4) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 343.

هذا كل ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الميراث، إلا وبما أنه لكل مبدأ استثناء، فإن القانون الواجب التطبيق على الميراث ترد عليه استثناءات نعالجها في الفصل الثاني.

الفصل الثاني: الاستثناءات الواردة على القانون الواجب التطبيق

رأينا أن القاضي المختص بالفصل في النزاع المتعلق بالإرث يطبق على النزاع القانون المختص إلا أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات، حيث يتم تطبيق قانون موقع المال على المسائل التي تدخل في فكرة مركز الأموال على اعتبار أن الميراث يعد وسيلة من وسائل انتقال الحق العيني.

هذا، وقد تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى قانون بلد معين، وعند تطبيق القاضي لهذا القانون يجد أن أحكامه تتعارض مع المبادئ والأسس الجوهرية لدولة القاضي، مما يدفع بهذا الأخير إلى استبعاد القانون المختص باسم النظام العام.

كما أنه إذا توفي أجنبي عن تركة تتضمن أموالا ببلد دولة القاضي، وتبين وفقا للقانون الواجب التطبيق أنه لا يوجد له وارث، أو أن ورثته قد تنازلوا عن حقهم في التركة فما ذا يكون حكم هذه التركة ؟

المبحث الأول: نطاق تطبيق قانون موقع المال

المسائل التي تخضع لقانون موقع المال هي أولا مدى تعلق حقوق دائني المورث بأموال التركة وأثر ذلك في حقوق الورثة على التركة، وتخضع لقانون موقع المال ثانيا حالة الشيوع بين الورثة وقسمة التركة بينهم، ويحدد قانون موقع المال ثالثاً؛ وقت تملك الورثة وإجراءات الشهر الواجبة الإتباع في هذا الشأن.

المطلب الأول: تعلق حقوق دائني المتوفى بأموال التركة

يدخل في نطاق أعمال قانون موقع المال بيان مدى تعلق حقوق دائني المتوفى بمالية التركة وما يترتب عليه من أثر على حقوق الورثة لأن المسألة لا تتعلق بنظام الأشخاص، بل بنظام الأموال وسلامة المعاملات.

ويرى الأستاذ هشام صادق أن القانون المصري هو الذي يطبق بالنسبة لقاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون « مادام أن أموال التركة موجودة في مصر، ولو كان أجنبياً. [1]

ويرى الأستاذ أعراب بالقاسم أن القانون الجزائري هو الذي يطبق بالنسبة لقاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون"[2]. ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية لا ترتب للورثة حقاً على تركة مورثهم إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، وفي هذا تنص المادة 180 ق. أ " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الأتي:

1- مصاريف التجهيز، والدفن، بالقدر المشروع،

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى

3- الوصية".

وينتقد الأستاذ فؤاد ديب هذا الاتجاه، ويرى أنه يترتب عنه تجزئة أموال التركة من حيث القانون الواجب التطبيق عليها. أي تعدد القوانين التي تحكمها بتعدد الدول التي تتواجد فيها أموال التركة مما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي. فهو يرى وجوب إخضاع مسألة حقوق دائني التركة وأثرها عل حقوق الورثة لقانون جنسية المورث وقت الوفاة، على غرار المسائل الأخرى التي ترتبط بالميراث [3]

وتفريعا عن هذا فأننا نضم رأينا إلى رأي الأستاذ أعراب بلقاسم الذي يرى أن الرأي الذي قال به الأستاذ فؤاد ديب لا يمكن الأخذ به على أساس أنه لا يتقرر في الشريعة الإسلامية حقاً لأي وارث على التركة إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا. فالقانون الذي يحكم الميراث يرجع إليه فقط بعد الفراغ من مسألة الديون لا قبله [4]

---

(1) هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 1999، ص 321.

(2) أعراب بالقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين. المرجع السابق، ص 272.

(3) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين. المرجع السابق، ص 273- 272.

(4) نفس المرجع والمكان.

المطلب الثاني: شهر حق الإرث:

يدخل في نطاق قانون المال أيضاً بيان وسائل الشهر والعلانية الواجب إتباعها في الميراث باعتباره سببا مكسبا للملكية. ذلك أن التسجيل والشهر غرضهما حماية الغير واستقرار المعاملات. إضافة إلى أنه في تطبيق قانون موقع المال تأكيد حق الدولة على بسط سيادتها.[1]

زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار وحقوق عقارية (المادة 324 مكرر1 ق. م)

الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني أخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري (المادة 165 ق. م)

ويضاف إلى هذا، أن تكييف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها. إذ يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون موقع العقار، ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتيب عليه كسب الحيازة، أو الملكية، أو الحقوق العينية الأخرى. (المادة 17 ق. م)

المطلب الثالث: تنظيم حالة الشيوع بين الورثة

تخضع حالة الشيوع المترتبة على انتقال الميراث من المورث إلى الورثة لقانون موقع المال فيطبق هذا القانون فيما يتعلق بحق كل شريك في التصرف، وكيفية إدارة الأموال الشائعة وتنظيمها وانقضائها سواء بالتقاضي أو بالتراضي، وذلك كله بصرف النظر عن جنسية المورث. [2]

هذا، ويطبق قانون موقع المال فيما يخص قسمة التركة، وهذا من حيث طلب الحق في القسمة ومدى الالتزام بالبقاء على الشيوع، ومن حيث أثار القسمة أهي مقررة أو منشأته [3]

(1) ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، المرجع السابق، ص 109.

(2) هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 322.

(3) محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص 152.

ويراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و 173 ق. أ) وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة، وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء (181 ق. أ) وقد نظم المشرع الجزائري الملكية الشائعة في القسم الرابع من الكتاب الثالث المتضمن الحقوق العينة الأصلية. وهذا في المواد من 713 إلى 742.

ويجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها، وطرق الطعن في أحكامها. (183 ق. أ)

المبحث الثاني: النظام العام:

النظام العام هو الأداة التي يستعملها القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي المختص ، ولقد عمدت معظم دول العالم إلى النص عليه في تشريعاتها، لأن النظام العام فكرة تقف كحاجز أمام القوانين الأجنبية التي تمس المبادئ الأساسية السائدة في الدولة فلا تتركها تعبر إلى مجتمعها. وقد شبه بعض الفقهاء الدور الذي يلعبه النظام العام بالنسبة للقوانين الأجنبية المختصة بصمام الأمن. [1] ونتناول في هذا المقام مفهوم النظام العام بوجه عام في المطلب الأول، ثم نتناول في المطلب الثاني النظام العام والقانون الذي يحكم الميراث.

المطلب الأول: مفهوم النظام العام

يؤكد الفقه الحديث على أهمية دور النظام العام كآلية لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس والمبادئ الجوهرية في المجتمع.

وفكرة النظام العام فكرة مرنة ومتحركة، يكتنفها الغموض. وعليه يصعب تحديدها بدقة، فهي فكرة ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان. فما قد يكون متعارضا مع النظام في دولة ما لا يعد كذلك في دولة أخرى. وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة، قد لا يعد أمراً منافياً لهذه الفكرة في وقت آخر. فالزنا مثلا في فرنسا

(1) يقول الأستاذان batlffol et lagarde" لما سمح المشرع بتطبيق القانون الأجنبي على إقليم دولته، لا يعني ذلك أنه منح توقيعاً على بياض لجميع تشريعات العالم". ورد هذا في مؤلف الاستاد أعراب بالقاسم تنازع القوانين في هامش الصفحة 166.

كانت تعد من النظام العام، أما بعد تعديل قانون العقوبات الفرنسي تغير الأمر حيث أصبحت الزنا لا تعد من النظام العام في فرنسا.

ولهذا يؤكد الفقه أن العبرة في تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه هو بوقت نظر الدعوى وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع [1]

وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في فحص ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام من عدمه، ويتعين على القاضي أن يستلهم في ذلك المبادئ الجوهرية السائدة في دولته.([2]

والقاضي في تقديره ،في هذا المجال، يخضع لرقابة المحكمة العليا، فالدفع بالنظام العام هو استثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد، وهو مجال يخضع لرقابة المحكمة العليا، فالدفع بالنظام العام هو استثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد، وهو بهذا يعد مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا.

فالدفع بالنظام العام هو في حقيقته تعطيل للإعمال الطبيعي لقواعد الإسناد، ومن ثم فلا يصح الالتجاء إليه إلا في الأحوال التي تقتضيها المصالح العليا للمجتمع.

هذا، ورغم إ خفاق الفقه في ضبط فكرة النظام. إلا أنه قد حاول مع ذلك وضع موجهات عامة يمكن عن طريقها إلقاء الضوء على هذه الفكرة. ويتفق الفقه، مهما كانت اتجاهاته، في شأن هذه الموجهات على فكرة أساسية؛ هي ضرورة استبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض تطبيقه مع الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة. [3]

---

(1) أعراب بالقاسم، القانون الولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص، 17.

(2) هشام علي صادق، حفيظ السيد الحداد، المرجع السابق، ص 204.

وتنص المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصري تعليقا على فكرة النظام العام: " بيد أنه يخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال أرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب. فالواجب يقتضي أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فرديا خاصا. " ورد هذا في مؤلف الاستاد أعراب بالقاسم تنازع القوانين في هامش الصفحة 171.

(3) هشام صادق علي. حفيظة السيد الحداد. المرجع السابق ، ص 204.

المطلب الثاني: النظام العام والقانون الذي يحكم الميراث

لما كانت المواريث في قانون الأسرة الجزائري مستمدة من الشريعة الإسلامية، فإن القانون الأجنبي المختص قد يستبعد باسم النظام العام كلما كان تطبيقه يترتب عنه مساس بالشعور العام عند عدم التقدير بأحكامها. وفي هذا تنص المادة 24 ق. م على أنه" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام، أو الآداب في الجزائر"

وعليه فإن القانون الأجنبي الذي يقرر حق الإرث لولد الزنا يجب أن يستبعد، وكذلك يستبعد القانون الأجنبي المختص، إذا كانت أحكامه تعارض أحكام الشريعة الإسلامية لما يكون المورث مسلماً. إذ أن تركة المسلم لا ينبغي أن تخضع إلا لأحكام الشريعة الإسلامية. (1)

ويشير الأستاذ زروقي الطيب في مقال له منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية العدد 4 لسنة 1993 إلى أنه يجب استبعاد قانون الجنسية في المحاكم الوطنية على المقيمين بالجزائر متى كان قانون جنسيتهم يخالف شرع الله في الميراث.

ويؤكد فريق من الشراح المصريين على ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبي في جميع الأحوال بالنسبة لبيان الورثة ومراتبهم وأنصبتهم متى اختلفت مع أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، فيما لو كان المورث مسلما.

هذا وتجد الإشارة إلى أنه يتم استبعاد القانون المختص الواجب التطبيق بسبب التحايل على القانون كأن يغير المورث جنسيته قبل وفاته مباشرة لمجرد التهرب من أحكام قانون الجنسية السابقة، وبينة الاستفادة من أحكام قانون الجنسية الجديدة. حيث ذهبت محكمة التمييز الفرنسية إلى اعتبار تغيير طبيعة المال من مال غير منقول إلى مال منقول بتقديمه حصة في شركة للخضوع إلى قانون محل إقامة المتوفى (موطن المتوفى) الأخير عند توزيع التركة

(1) أعراب بالقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين. المرجع السابق، 273- 274.

بدلا من موقع العقار، إنما يشكل تحايل على القانون ويخضع لأحكام التحايل.[1] وقد نص المشرع الجزائري في القانون 05- 10. في المادة 24على الغش نحو القانون.

وذهب جانب آخر من الشراح إلى وجوب التحفظ على التوسع في فكرة النظام العام بالنسبة لأنصبة الميراث، ذلك أن المشرع الأجنبي يحدد نصيب الوارث وفقا لسياسة اقتصادية أو اجتماعية معينة، ولا يجوز أن يفرض تقدير المشرع المصري للأنصبة كنموذج للعدالة، وإلاّ انتهى الأمر إلى هدم قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث وإخضاع أنصبة التركة للقانون المصري.[2]

وقد اتجه القضاء المصري في بعض أحكامه إلى هذا المعنى. فقضى تطبيق أحكام الميراث في القانون التركي على الأتراك المسلمين الموجودين في مصر، رغم ما يقضى به النظام التركي من مساواة الأنثى بالذكر في الميراث، وخلافا لما تقضي به أحكام المواريث في جمهورية مصر العربية. حيث عللت محكمة القاهرة الابتدائية حكمها الصادر في 1952/11/04 بقولها: "إن مجرد الاختلاف في الأنصبة ما بين القانون الأجنبي والقانون المصري لا يجعل الأول مخالفاً للنظام العام في الجمهورية، وأن القول بتطبيق القانون المصري في هذه الحالة من شأنه هدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 17 مدني خاصة وأن أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها تجيز حرمان الورثة، أو إنقاص نصيبهم أو إيثار بعض الورثة على بعض بتصرفات مشروعة كالهبة والوصية. "[3]

ومع ذلك فيبدوا أن القضاء المصري قد عدل عن الاتجاه السابق، وأصر في أحكامه اللاحقة على الاعتداد بفكرة النظام العام كوسيلة لحماية حقوق المسلم في مجال المواريث،

(1) سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 588. و نشير إلى أن المحكمة الفرنسية قد عمدت في بعض أحكامها إلى استبعاد فقط الجزء من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وأبقت على الإجراء الأخرى غير المخالفة له. ومن هذه الأحكام حكمها الصادر في 17/ 11/ 1964 الذي أعتبر أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة للميراث غير مخالفة للنظام العام إلا فيما يتعلق بحرمانها لغير المسلم من حقه في الميراث. وعليه فإنه لا يستبعد من أحكام هذه الشريعة إلا حكمها المتعلق بحرمان غير المسلم من الميراث. أما ما يتعلق بعد ذلك من تحديد الأنصبة للورثة فيتم وفقا لأحكامها.

(2) هشام صادق علي. حفيظة السيد الحداد. المرجع السابق ، ص 328.

(3) عز الدين عبد الله. المرجع السابق ، ص 348.

فقد رفضت محكمة النقض في حكم لها ما نعاه الطاعن على محكمة الموضوع من تطبيقها للقانون المصري وأحكام الشريعة الإسلامية في شأن تركة سيدة فرنسية مسلمة. وهو ما يخالف القانون الفرنسي الواجب التطبيق في الدعوى بوصفه قانون جنسية المورث وقت الوفاة. وبررت المحكمة رفضها للطعن في قرارها المؤرخ في: 27 ماي 1964 بقولها: " أن أحكام قانون المواريث التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها، مما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه، متى كان المورث والوراثة فيها من المسلمين" [1]

واستبعاد القانون الأجنبي المختص كلما كان المورث مسلماً يجعل في الحقيقة من الصفة الإسلامية في شخص المورث ضابطاً للإسناد، مما يهدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 16 ق. م التي تخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة.

المبحث الثالث: التركة الشاغرة:

إذا توفي أجنبي عن تركة تتضمن أموال بالجزائر، وتبين وفقاً لقانون جنسيته أنه لا يوجد له وارث، أو أن ورثته قد تنازلوا عن حقهم في التركة. فماذا يكون الحكم؟ لا خلاف حول أيلولة التركة التي لا وارث لها إلى الدولة. ولكن أي دولة؟ هل هي الدولة التي يوجد بها المال؟ أم الدولة التي يحددها القانون الواجب التطبيق على الميراث؟

تتوقف الإجابة على هذا السؤال حسب الفقه الفرنسي والمصري على تكييف أيلولة التركة الشاغرة للدولة.

المطلب الأول: تحديد الطبيعة القانونية للتركة الشاغرة

إذا قضى قانون القاضي باعتبار أيلولة تركة من لا وراث لها للدولة ميراثاً خضع انتقال التركة إلى الدولة للقانون الذي يحكم الميراث، وإذا ما كان هذا القانون هو قانون جنسية المتوفى آلت التركة إلى دولته.

(1) هشام صادق علي حفيظة السيد الحداد المرجع السابق، ص 329.

ولقد عملت بعض الدول إلى إخضاع التركة الشاغرة للقانون الذي يحكم الميراث، وبانتقال التركة إلى دولة المتوفى بما تشمله من عقار ومنقول باعتبارها وارثة قانونية متى كان هذا القانون هو قانون جنسية المتوفى، وهذا هو ما نص عليه في التقنين المدني الألماني، والتقنين المدني السويسري[1] وذهب إليه القضاء البلجيكي، حيث حكمت محكمة النقض في بلجيكا في 28/ 03/ 1952 باستحقاق دولة السويد لتركة مورث توفى في بلجيكا دون وارث، على أساس أن القانون السويدي الواجب التطبيق وفق قواعد الإسناد البلجكية يكيّف حق الدولة في هذه الحالة على أساس كونها وارثا [2]

أما إذا قضى قانون القاضي بان أيلولة التركة إلى الدولة حق مبني على سيادتها الإقليمية لانتقلت ملكية التركة إلى الدولة الواقع بها المال بطريقة استلالها على مال لا مالك له، وبعبارة أخرى تخضع التركة التي لا وارث لها لقانون موقع المال.

والمعمول به في فرنسا وانجلترا والنسما وتركيا والأرجنتين هو إخضاع التركة التي لا وارث لها لقانون موقع المال، وانتقالها بما تشمله من عقار ومنقول إلى دولة الموقع بناء على سيادتها الإقليمية. وقد نص على ذلك صراحة في القانون المدني النمسوي (م7 منه)[3]

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري:

يذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أنه: إذا لم يوجد أحد من المستحقين للتركة توضع التركة في بيت المال على أنها مال ضائع، فصارت لجميع المسلمين. فتوضع تحت يد الأمين ليصرفها في مصارفها الشرعية، وليس ذلك بطرق الإرث. لأن الإرث يستلزم تحقق درجة القرابة وهذا غير حاصل.[4] وبدليل إن الذمي إذا لم يكن له وارث يوضع ماله في بيت المال. وتتم المساواة بين الذكر والأنثى من المسلمين في العطية من ذلك المال، ولا تسوية بينهما في الميراث [5]

(1) عز الدين عبد الله. المرجع السابق ، ص 355.354.

(2) ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش . المرجع السابق، ص 111.

(3) عز الدين عبد الله المرجع السابق، ص 355.

(4) محمد أبوزهرة، التركات والمواريث، دار الفكر العربي، مصر، ص 78.

(5) زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 186.

وذهب الفقه الجزائري إلى أن هذا التكييف لانتقال التركة التي لا وارث لها إلى الدولة هو الواجب الأخذ به في الجزائر على اعتبار أن قانون الأسرة الجزائري أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية.

وعليه فإن التركة الموجودة على إقليم الجزائر والتي لا وارث لها وفقا لقانون جنسية المتوفى تؤول إلى الدولة الجزائرية باعتبارها مال لا مالك له. [1] وفي هذا تنص المادة 773 ق. م على أنه ((تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم)). وتنص الفقرة الأخيرة من المادة 180 ق. أ على أنه: ((... فإذا لم يوجد ذوو فرض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة)).

هذا، وقد تبنى نفس التكييف الفقه المصري، وقد أخذت به محكمة النقض وكذلك محكمة الاستئناف المختلطة حيث ينص المشرع المصري في المادة الرابعة من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943 على أنه: ((إذا لم يوجد أحد من هؤلاء – أي الورثة ومن في حكمهم – آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزينة العامة)). [2] ويشير الأستاذ عكاشة عبد العال إلى أن الحقوق المالية- أيا كانت طبيعتها – موضوع التركة والموجودة في دولة الإمارات العربية المتحدة تؤول إلى الدولة في الفرض حيث لا يكون للتركة وارث أجنبي. [3]. وتنص المادة 81 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: ((إذا لم يوجد وارث للميت ممن ذكر ترد تركته المنقولة وغير المنقولة إلى وزارة الأوقاف العامة.)).

(1) أعراب بالقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، المرجع، ص 272.

(2) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 356.

(3) عكاشة عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة. دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية بدون سنة، ص 254.

الخـــاتمـــة:

نخلُص من خلال دراسة موضوع تنازع القوانين في مجال المواريث في القانون الدولي الخاص في هذا المقام إلى بعض النتائج التي يمكن حصر أهمها في ما يلي:

أولا: اختلاف تكييف طبيعة الميراث بين الأحوال الشخصية، والأحوال العينية. فاستنادا إلى اعتبار الميراث مرتبط بحياة ووفاة الشخص واعتباره من روابط القرابة، وكونه متصل بنظام الأسرة ويهدف للمحافظة على أموال العائلة، تعتبره بعض الدول من الأحوال الشخصية. في حين تذهب بعض الدول الأخرى إلى اعتباره من الأحوال العينية على اعتباره أسلوب من أساليب انتقال الأموال.

هذا، والمحكمة المختصة بالنظر والفصل في مسائل الميراث طبقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية الجزائري هي المحكمة التي يتم أمامها فتح التركة، موطن المتوفى ، مع الإشارة إلى أنه لا يؤخذ بالتحكيم في مجال الميراث طبقا للمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

ثانيا: تختلف الدول بشأن القانون الواجب التطبيق على الميراث، فبعض الدول تطبق عليه قانونين مفرقة بذلك بين العقار والمنقول، وهناك بعض الدول لا تفرق بين ميراث المنقول والعقار، وتخضعهما معا لقانون واحد. ومهما يكن فإن القانون الواجب التطبيق على الميراث هو الذي يحدد بيان شروط استحقاق الإرث، وبيان موانع الإرث، بالإضافة إلى تبين ما إذا كانت الوراثة إجبارية أم اختيارية.

ثالثا: يطبق قانون موقع المال بالنسبة لكل من مسألة تعلق حقوق دائني المتوفى بأموال التركة، ومسألة شهر حق الإرث، وتنظيم حالة الشيوع بين الورثة.

هذا، وأن القانون الواجب التطبيق قد يستبعد باسم النظام العام إذا ما تعارض مع المبادئ والأسس الجوهرية لدولة القاضي. ويلاحظ أن بعض الدول الإسلامية تعتبر صفة الإسلام كضابط للإسناد وهذا بصفة غير مباشرة.

أما فيما يخص التركة الشاغرة، فتختلف الدول بشأنها فهناك من الدول من يعتبر الدولة وارثا قانونيا وهناك من يعتبر أيلولة التركة الشاغرة للدولة على أساس سيادتها الإقليمية.

قائمـــة المراجـــع:

أولا: المؤلفات:

أ- المؤلفات العربية:

1- أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998.

2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

3- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، تنازع الاختصاص القضائي الدولي والجنسية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

5- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

6- عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، منشورات تالة، الجزائر، 2000.

7- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين. الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، مصر، 1970.

8- عكاشة عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون سنة.

9- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000..

10- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

11- محند أسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول ، تنازع القوانين،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

12- محند أسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني ، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة.

13- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994.

14- محمد أبو زهرة، التركات والمواريث، دار الفكر العربي، مصر.

15- محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.

16- ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

17- هشام على صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002 .

18- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص. دار الفكر الجامعي الإسكندرية. 1999.

ب- المؤلفات الفرنسية:

1)jean Derrupé. Droit international privé . dalloz. 13 éditon. Paris 1999.

2)Pier Mayer. Droit international privé. 5 édition. Monthretien. 1994.

ثانيا: النصوص القانونية:

1- قانون رقم 84/ 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 75/ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

3- قانون رقم 08/ 09 المؤرخ في 25/ 02/ 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.